

**WYROK**  
**z dnia 6 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, przy udziale wykonawcy INFINITE sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Skarb Państwa – Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na świadczenie usług brokera PeF, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11 kwietnia 2017 r., pod nr 2017/S 071-134816.

11 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie o odrzuceniu złożonej przez nich oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

21 czerwca br. ww. wykonawcy (dalej „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia złożonej przez nich oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) i winna być przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza oraz, z ostrożności, przez zaniechanie wyjaśnienia wszystkich okoliczności, które miały wpływ na ustalenie, że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie, który złożył w postępowaniu ważną ofertę, która powinna być przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Przez naruszenie przepisów Pzp Odwołujący może być pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z treścią pkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ – Opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), przedmiotem zamówienia jest zakup usług brokera Platformy Elektronicznego Fakturowania („PeF”), dostarczającej funkcjonalności tworzące rozwiązanie teleinformatyczne. Platforma PeF służyć będzie do obsługi i dokumentowania procesu realizacji przez zamawiających i wykonawców dostaw publicznych w fazie po udzieleniu zamówienia. Celem uruchomienia Platformy PeF jest, aby dostawcy dostaw i usług dla podmiotów publicznych mogli wystawiać i przysyłać za jej pośrednictwem faktury elektroniczne (bez przysyłania wersji papierowej). Poza elektronicznymi fakturami użytkownicy Platformy PeF będą mogli również wymieniać się elektronicznymi zamówieniami, awizami wysyłki, potwierdzeniami dostawy, fakturami korygującymi czy notami księgowymi. Platforma PeF ma umożliwić zastąpienie papierowych dokumentów ich elektronicznym odpowiednikami.

Zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp, Zamawiający żądał wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę nazw podwykonawców.

Odwołujący wskazał w ofercie, że powierzy podwykonawcy – ukraińskiej spółce z grupy kapitałowej Comarch – część zamówienia, polegającą na świadczeniu usług helpdesk.

Pismem z dnia 23 maja 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o „wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca na etapie realizacji zamówienia, po powierzeniu podwykonawcy z siedzibą poza Unią Europejską realizację świadczenia Usługi *service desk* (helpdesk):

- 1) spełni wymagania opisane w pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności „Usługi PeF mogą być świadczone wyłącznie na terenie Unii Europejskiej”, „Wszystkie serwery muszą być fizycznie zlokalizowane na terenie Unii Europejskiej”, „Dane muszą być przechowywane na terenie Unii Europejskiej”, „(...) ważne jednak; by w każdej chwili wszystkie dane i serwery znajdowały się na terenie Unii Europejskiej”
- 2) spełni wymagania OPZ w zakresie ochrony danych osobowych i przepisów RODO (OPZ pkt. 5.8.1) powierzając wskazaną część zamówienia podwykonawcy spoza Unii Europejskiej?
- 3) ureguluje, w kontekście wymagań określonych w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem

danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych (RODO) kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych do państwa trzeciego?”.

W odpowiedzi na te pytania, Odwołujący – pismem z dnia 25 maja 2018 r. – wyjaśnił, że:

„(...) pisząc o Usługach helpdesk Wykonawca nie miał na myśli usług *service desk* wskazanych i opisanych w SIWZ (min. w pkt 8 OPZ) – dlatego też nie użył pojęcia *service desk* przy określaniu zakresu prac zamierzonego do powierzenia podwykonawcy. Zakres prac, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, obejmuje prace przygotowawcze na etapie uruchomienia Usługi wsparcia oraz w trakcie trwania projektu (czyli prace również po odebraniu przez Zamawiającego Etapu IV – patrz OPZ Efekt Etapu V) świadczone przez wewnętrzny helpdesk Wykonawcy dla posiadanego zespołu utrzymania i rozwoju w projekcie.

Prace przygotowawcze są rozumiane jako stworzenie określonych materiałów pomocniczych, które docelowo mają być zatwierdzone i przetworzone przez polski zespół Wykonawcy, które później docelowo mają być udostępnione użytkownikom Platformy PeF. Materiały oznaczają tutaj założenia do instrukcji obsługi dla Użytkownika (dokumenty tekstowe i graficzne), czyli np. założenia do instrukcji dotyczącej korzystania z aplikacji webowej czy artykułów przeznaczonych do zasilenia budowanej bazy wiedzy dla Użytkowników PeF.

Wskazane prace będą bazować na wersjach demonstracyjnych Systemu (bez danych osobowych oraz danych Systemu PeF), np. *screeny* z wersji demo aplikacji webowej, oraz na wytycznych przekazanych przez zespół projektowy w Polsce (bez danych osobowych oraz danych Systemu PeF). (...) wyjaśniamy, że prace przygotowawcze niezbędne do prawidłowego uruchomienia i świadczenia Usługi wsparcia Użytkowników PeF przez konsultantów *service desk* zgodnie z OPZ (m.in. pkt 8 OPZ) nie wiążą się z jakimkolwiek udostępnianiem i przetwarzaniem danych przez Brokera PeF poza Unią Europejską, w tym na terenie Ukrainy. W konsekwencji Usługa wsparcia *service desk* dla Użytkowników Platformy będzie realizowana jedynie przez zespół zlokalizowany w Polsce i żadne dane przetwarzane przez Brokera PeF, w tym w formie elektronicznej, nie będą udostępniane poza Polskę/Unią Europejską, a podwykonawca nie będzie mieć do nich żadnego dostępu.

Wszystkie serwery, które będą wykorzystane do świadczenia Usługi Brokera PeF będą fizycznie zlokalizowane na terenie Unii Europejskiej, jak również dane będą przechowywane na terenie Unii Europejskiej.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami kwestie powierzenia przetwarzania danych osobowych do państwa trzeciego nie wystąpią.

Podsumowując, wskazany w ofercie wykonawcy podwykonawca nie będzie miał dostępu do jakichkolwiek danych osobowych w rozumieniu RODO, wszystkie dane będą

przechowywane na terenie Unii Europejskiej, serwery będą umieszczone na terenie Unii Europejskiej, podwykonawca nie będzie świadczył Usługi PeF, czy Usługi *service desk* w rozumieniu OPZ – będzie wykonywał wyłącznie określone elementy czynności przygotowawczych, które następnie, po przetworzeniu przez wykonawcę, będą wykorzystane do świadczenia Usługi PeF”.

W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził zatem, że żadne dane (w tym dane osobowe] przetwarzane przez brokera PeF, w tym w formie elektronicznej, nie będą udostępniane poza Polskę/Unię Europejską, i żadna część Usługi PeF nie będzie świadczona poza granicami Unii Europejskiej.

11 czerwca 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wynikach Postępowania. Zgodnie z treścią powołanej informacji, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ, w ocenie Zamawiającego, z wyjaśnień Odwołującego wynika, że Usługi PeF świadczone będą poza granicami Unii Europejskiej, podczas gdy z dokumentacji przetargowej wynika obowiązek świadczenia Usług PeF na terytorium UE.

Ze stanowiskiem Zamawiającego w żadnym zakresie nie można się zgodzić. Zamawiający błędnie utożsamiał Usługi *helpdesk* wskazane w ofercie Odwołującego jako elementy, które mogą być realizowane przez spółkę ukraińską, z Usługami PeF, a konkretnie Usługą *service desk*, opisaną w pkt 7 i 8 OPZ. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2018 r. wyjaśnił, że Usługi *helpdesk* w rozumieniu jego oferty nie są tożsame z Usługami *service desk* w rozumieniu OPZ. Nie można zgodzić się z twierdzeniem zawartym w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jakoby Usługa *helpdesk* była Usługą PeF. Zamawiający opiera swoje twierdzenie na założeniu, że Usługa *helpdesk* będzie Usługą PeF, ponieważ będzie świadczona przy wykorzystaniu Systemu PeF. Nie jest to jednak prawdą.

Po pierwsze, przez świadczenie Usługi PeF należy rozumieć wykonywanie określonych czynności przez dostawcę tej usługi na rzecz jej odbiorcy. Usługi PeF mają zapewniać osiągnięcie określonego skutku, tj. zapewnienia możliwości korzystania przez Zamawiającego i Użytkowników z Platformy PeF. Tym samym odbiorcą Usługi PeF jest Zamawiający i Użytkownicy Platformy PeF. Zgodnie z treścią pkt. 5.1.1 OPZ: „Broker PeF będzie świadczyć Usługi PeF Użytkownikom Systemu PeF na wydzielonej pod względem logicznym, instancji platformy w stosunku do instancji wykorzystywanej do świadczenia usług innym podmiotom i użytkownikom, którzy są obsługiwani w innych relacjach gospodarczych np. B2B”. Określone w OPZ wymaganie, aby świadczenie Usług PeF odbywało się na terytorium Unii Europejskiej, oznacza zatem, aby przepływ wszystkich danych, które będą się odbywać w ramach korzystania z Platformy PeF, odbywał się na terytorium Unii Europejskiej, włączając w to umiejscowienie całej infrastruktury na terenie UE. Odwołujący potwierdził

w wyjaśnieniach z 25 maja 2018 r., że te wymagania zostaną spełnione. Wszystkie dane, infrastruktura – całość elementów składających się na System PeF – umiejscowiona będzie na terytorium Unii Europejskiej. Natomiast nie oznacza to w żadnym przypadku wymagania, aby cały cykl produkcyjny przygotowania oprogramowania standardowego, dokumentacji tego oprogramowania oraz sprzętu i jego dokumentacji, przeznaczonych do świadczenia Usług PeF, odbywał się na terenie Unii Europejskiej. Jest to bowiem praktycznie niewykonalne, nie tylko dla Odwołującego, ale dla każdego wykonawcy, ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, albo potencjalnie mogącego się o nie ubiegać. Cykl produkcyjny (dotyczy to różnych produktów – towarów i usług) obejmuje różne etapy, od wstępnych, w ramach których powstają preprodukty, do końcowych, w których powstaje produkt ostateczny, będący przedmiotem dostawy/Usługi. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający zdaje się wymagać, aby całość cyklu produkcyjnego w odniesieniu do świadczonej Usługi zlokalizowana była na terytorium Unii Europejskiej. Tego wymagania Zamawiający nie postawił jednak w SIWZ, co zresztą jest logiczne i uzasadnione, jako że wymaganie takie spotkałoby się z uzasadnioną krytyką wykonawców na etapie odwołania wobec treści SIWZ. Każdy z wykonawców musi zastosować i zastosuje w ramach realizacji tego zamówienia elementy wytworzone poza granicami Unii Europejskiej (przykładem tu mogą być serwery, macierze, oprogramowanie standardowe, czy urządzenia HSM w większości projektowane i produkowane poza granicami Unii Europejskiej}. Czym innym jednak jest zastosowanie takich elementów w ramach realizacji zamówienia, a czym innym świadczenie Usługi PeF na terytorium Unii Europejskiej.

Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający jest odpowiedzialny za precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia i wymagania z nim związane. Jeśli Zamawiający zamierzał uzyskać efekt w postaci zamknięcia całego cyklu produkcyjnego Systemu PeF na terytorium Unii Europejskiej, winien to jednoznacznie wyrazić w SIWZ. Tymczasem w SIWZ mowa wyłącznie o świadczeniu Usług PeF na terytorium Unii Europejskiej, i pojęcie to nie może być w tym momencie interpretowane rozszerzająco, tym bardziej w sposób rozstrzygający wątpliwości na niekorzyść wykonawcy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, wszelkie nieścisłości w SIWZ nie mogą obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. To Zamawiający zobowiązany jest do zachowania należytej dbałości o precyzję w opisie przedmiotu zamówienia.

W omawianym przypadku Odwołujący ma pełne prawo twierdzić, że wymaganiem Zamawiającego jest takie skonstruowanie zasad świadczenia usług w ramach umowy, aby całość przepływu danych w ramach udostępniania Platformy odbywała się na terytorium Unii Europejskiej i aby cała infrastruktura i organizacja w tym celu zapewniana, znajdowała się na terytorium UE, gdyż wymaganie to znajduje logiczne uzasadnienie w kontekście

bezpieczeństwa interesu publicznego i przede wszystkim tak właśnie sformułowane jest literalnie wymaganie OPZ. Rozszerzanie wskazanego wymagania na takie, aby całość procesu produkcyjnego odbywała się na terytorium UE, jest już jednak pozbawione logicznego uzasadnienia, i bez jednoznacznego wyrażenia tej woli przez Zamawiającego w SIWZ nie sposób tego domniemywać z treści OPZ. To, że instrukcja użytkownika do oprogramowania standardowego, na bazie którego udostępniany jest System PeF, albo serwer lub instrukcja do niego, powstaje na Ukrainie czy w innym kraju poza UE, nie wpływa na zabezpieczenie żadnego uzasadnionego interesu. Zamawiający nie chroni żadnego interesu w tym zakresie, ponieważ w innych postanowieniach SIWZ zezwala na wykorzystanie w celu świadczenia Usług PeF oprogramowania pochodzącego od osób trzecich, w tym rozwijanego poza granicami UE. Aby zbudować System PeF i udostępnić Usługę PeF konieczne jest wykorzystanie szeregu innych gotowych produktów, takich jak Systemy operacyjne, bazy danych, silniki procesowe. Wobec tych elementów Zamawiający nie wymaga, aby były wytwarzane na terenie UE. Przykładowo, zgodnie z treścią pkt 5.8 OPZ: „Broker PeF przy przetwarzaniu danych osobowych będzie spełniał wymagania wynikające z unijnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych – *EU Data Protection Regulation (GDPR) – Regulation (EU) 2016/679*. Zadanie zarządzania bezpieczeństwem informacji projektu będzie realizowane zgodnie z wymaganiami wymienionymi w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności oraz zgodnie z normą PN-ISO/IEC 27001:2014-12 „Technika informatyczna – techniki bezpieczeństwa – System zarządzania bezpieczeństwem informacji – wymagania” lub równoważne, tzn. zgodne z wymaganiami tej normy. Zaleca się aby Broker PeF w zarządzaniu bezpieczeństwem i procesem ciągłego doskonalenia Systemu bezpieczeństwa wykorzystywał praktyki opisane w dokumencie PN-EN ISO/IEC 27002:2017-06 „Technika informatyczna – Praktyczne zasady zarządzania bezpieczeństwem informacji” (wersja angielska) lub równoważne, tzn. zgodne z wymaganiami tej normy”.

Zgodnie z pkt 12.6.1 g) powołanej w OPZ normy ISO 27002: „Instalacja poprawek jest jedną z metod zalecaną w procesie zarządzania podatnościami technicznymi”. Norma wymienia instalowanie poprawek na pierwszym miejscu, dopiero w przypadku, gdy żadna poprawka nie jest dostępna, stosuje się: wyłączenie usług lub funkcji związanych z podatnością, zaadaptowanie lub dodanie zabezpieczeń kontroli dostępu, wzmocnienie monitorowania, podnoszenie świadomości w zakresie podatności. Zapewniając do obsługi Systemu PeF infrastrukturę techniczną, w tym oprogramowanie pochodzące od osób trzecich (np. Systemy operacyjne), wykonawca zobowiązany będzie zatem do wgrzywania poprawek dostarczanych w toku świadczenia Usługi PeF przez producentów tego oprogramowania. Jednocześnie nie ma żadnej gwarancji, że poprawki tego rodzaju wykonywane są na terytorium Unii Europejskiej, jest nawet więcej niż prawdopodobne,

że będą one wykonywane poza tym terytorium, przynajmniej w odniesieniu do najbardziej powszechnie stosowanych systemów, jak produkty Microsoft, który jest podmiotem amerykańskim i przede wszystkim to na terytorium USA (albo innych krajów na całym świecie) rozwija swój produkt. Skoro zgodnie z OPZ wykonawcy mogą z takiego oprogramowania korzystać, a niewątpliwie jest ono częścią Systemu PeF, to niezrozumiałe jest dla Odwołującego, dlaczego Zamawiający interpretuje w chwili obecnej wymagania SIWZ jako wyłączenie możliwości takiego samego postępowania w odniesieniu do standardowej dokumentacji, która następnie będzie przetwarzana przez wykonawcę w celu wytworzenia dokumentacji Usługi PeF.

Odwołujący wyjaśnił, że czynności, które wykonywane będą na Ukrainie, nie mogą być utożsamiane ze świadczeniem Usługi PeF, ponieważ są to czynności standardowo wykonywane przez zależną od Odwołującego spółkę ukraińską na rzecz Odwołującego, na podstawie ogólnej, ramowej umowy o świadczenie usług. Różnych usług, których efekty, po przetworzeniu w Polsce przez pracowników Comarch, stają się elementami usług i produktów przekazywanych na zewnątrz. Czynności te nie mają charakteru wykonywania produktu dedykowanego dla danego zamówienia. Spółce ukraińskiej zlecane są na podstawie umowy ramowej różne prace dotyczące wstępnych prac nad dokumentacją Systemu, na bazie którego udostępniany będzie System PeF i wykorzystywane przez Comarch do tworzenia dokumentacji oprogramowania wykorzystywanego do różnych projektów, nie tylko dla Zamawiającego w tej sprawie. Nie sposób uznać, aby tak podstawowa praca na głębokim, wstępnym etapie, podlegająca następnie przetworzeniu przez pracowników Comarch, mogła być utożsamiana ze świadczeniem Usługi PeF dla Użytkowników Systemu PeF.

W konsekwencji decyzja Zamawiającego i jej uzasadnienie świadczą albo o próbie zmiany wymagań wobec przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert, co jest oczywiście niedozwolone, albo o niedostatecznym zrozumieniu przez Zamawiającego treści oferty Odwołującego i zakresu czynności, których wykonanie ma być powierzone podmiotowi trzeciemu. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty ze względu na niezgodność oferty z treścią SIWZ dopiero w sytuacji, w której nie ma żadnych wątpliwości, że faktycznie oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ. Takiej pewności Zamawiający nie może mieć, skoro oczywistym jest, że nie ma pomiędzy stronami zgody co do rozumienia pojęcia „*helpdesk*”, czyli rozumienia zakresu prac, który ma być wykonywany przez podmiot trzeci. Zamawiający błędnie utożsamia pojęcie Usługi *service desk* (zdefiniowanej w OPZ) z Usługą *helpdesk* (niezdefiniowaną w OPZ i użytą autonomicznie przez Odwołującego w ofercie). Pojęcie *helpdesk* pojawia się w OPZ tylko raz, raczej przypadkowo, bez zdefiniowania, i nie jako element Usługi *service desk*. W całym OPZ Zamawiający posługuje się pojęciem Usługi *service desk*, która nie jest tożsama



z Usługami *helpdesk* w rozumieniu oferty Odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty przyjął jednak, niezgodnie z treścią jednoznacznych wyjaśnień Odwołującego, że Usługi PeF będą przez Odwołującego świadczone poza terytorium Unii Europejskiej, co samo w sobie świadczy o niezasadności decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ponieważ niezgodność ta nie wynika ani z treści oferty Odwołującego, ani ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Zamawiający zaniechał ponadto próby wyjaśnienia różnicy w rozumieniu Usługi *helpdesk* pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, co jest kluczowe dla potwierdzenia, że Usługa PeF będzie świadczona przez Odwołującego na terytorium Polski. Zaniechaniem tym naruszył przepis art. 87 ust. 1 Pzp, odrzucił bowiem ofertę w sytuacji, w której wykonawca jednoznacznie potwierdził zgodność oferty z SIWZ i dla wyjaśnienia sposobu realizacji zamówienia posłużył się własną terminologią, niezdefiniowaną przez Zamawiającego w SIWZ, a więc wymagającą zrozumienia przez Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o poniższą argumentację.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że nie utożsamia Usługi *helpdesk* (wskazanej w ofercie Odwołującego) z Usługami *service desk* wskazanymi w OPZ. Takim twierdzeniem przeczy treść uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, gdzie Zamawiający nigdzie nie podważa zakresu świadczeń Usługi *helpdesk* wskazanego przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach treści oferty z dnia 25 maja 2018 r. Zamawiający przyjął w pełni wyjaśnienia Odwołującego co do pojęcia usług *helpdesk*, które Odwołujący zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy jako część zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający błędnie zakłada zawieranie się Usługi *helpdesk* w usłudze PeF. Odwołujący w pkt 2.2 odwołania dokonał dowolnej interpretacji definicji Usługi PeF, zawartej w OPZ. Zamawiający w OPZ (Rozdział 2 OPZ pkt 1) określił przedmiot jako zakup usług brokera Platformy Elektronicznego Fakturowania (PeF). Następnie, w Rozdziale 7 OPZ, Zamawiający wskazał, że Usługi PeF mogą być świadczone wyłącznie na terenie Unii Europejskiej. Zgodnie ze „Słownikiem pojęć” (Rozdział 1 OPZ) przez Usługę PeF należy rozumieć „Usługi świadczone przez Brokera PeF przy wykorzystaniu Systemu PeF”. Natomiast System PeF został zdefiniowany jako „narzędzia, infrastruktura techniczna i organizacyjna, konieczne do świadczenia Usługi PeF przez Brokera PeF”. Zamawiający wprowadził pojęcie „Usługa PeF” do określenia usług świadczonych przez Brokera PeF przy wykorzystaniu Systemu PeF, bez wykluczania jakiegokolwiek z tych usług. Oznacza to, że „Usługa *helpdesk*”, abstrahując od jej zakresu, również stanowi Usługę PeF. Usługa ta do jej świadczenia będzie wykorzystywała System PeF, między innymi wymaganą infrastrukturę techniczną i organizacyjną.

Powoływanie się natomiast przez Odwołującego na pkt 5.1.1 OPZ na dowód, że Usługa PeF polega tylko na przesyłaniu danych jest chybiony, gdyż punkt ten dotyczy wymagań architektury rozwiązania, a nie definicji Usługi PeF.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie definicji zawartych w OPZ a zwłaszcza definicji Usługi PeF, Odwołujący mylnie w pkt 2.2 odwołania powołuje się, że świadczenie Usługi PeF dotyczy tylko i wyłącznie czynności przepływu danych na Platformie PeF pomiędzy jej użytkownikami. Usługa PeF, zgodnie z Rozdziałem 1 OPZ, to „Usługi świadczone przez Brokera PeF przy wykorzystaniu Systemu PeF”, tj. przy pomocy „narzędzi, infrastruktury technicznej i organizacyjnej” (Systemu PeF). Oznacza to, że przedmiotem zamówienia nie jest tylko samo przesyłanie danych pomiędzy użytkownikami Systemu PeF, gdyż zakres usług mających być świadczonych przez wykonawcę jest o wiele szerszy. W tym pojęciu mieści się świadczenie Usługi *helpdesk*, wskazanej przez Odwołującego w jego ofercie. Zgodnie bowiem z wyjaśnieniami Odwołującego: „Zakres prac, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy (Usługi *helpdesk* – przyp. autora), obejmuje prace przygotowawcze na etapie uruchomienia Usługi wsparcia oraz w trakcie trwania projektu (czyli prace również po odebraniu przez Zamawiającego Etapu IV — patrz OPZ Efekt Etapu V) świadczone przez wewnętrzny *helpdesk* Wykonawcy dla posiadanego zespołu utrzymania i rozwoju w projekcie. Prace przygotowawcze są rozumiane jako stworzenie określonych materiałów pomocniczych, które docelowo mają być zatwierdzone i przetworzone przez polski zespół Wykonawcy, które później docelowo będą udostępnione użytkownikom Platformy PeF. Materiały oznaczają tutaj założenia do instrukcji obsługi dla Użytkownika (dokumenty tekstowe i graficzne), czyli np. założenia do: instrukcji dotyczącej korzystania z aplikacji webowej czy artykułów przeznaczonych do zasilania budowanej bazy wiedzy dla Użytkowników PeF)”. Zgodnie natomiast z Rozdziałem 7.2 OPZ dla każdego z etapów realizacji przedmiotu zamówienia, przypisane zostały efekty, które wykonawca zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ – Wzorem Umowy (§ 9 ust. 3) zobowiązany jest wykonać oraz dostarczyć Zamawiającemu. Efekty te to m. in. instrukcje użytkownika. Skoro zatem, przedmiotem Usługi *helpdesk* jest przygotowanie dokumentacji użytkownika, która stanowi efekt realizacji przedmiotu zamówienia i jednocześnie będzie stanowiła w przyszłości System PeF (tj. narzędzie konieczne do świadczenia Usługi PeF), czyli innymi słowy będzie wykorzystywana przez wykonawcę do świadczenia Usługi PeF, to trudno mówić, że prace wykonywane w ramach Usługi *helpdesk* nie są częścią Usługi PeF. Natomiast Usługa PeF, jak wskazywano powyżej, musi być w całości świadczona na terenie Unii Europejskiej. Wskazanie zatem jako podwykonawcy spółki mającej siedzibę na Ukrainie i jednocześnie określenie w ofercie oraz w wyjaśnieniach treści oferty, że spółka ta będzie świadczyła usługę *helpdesk*, w ramach której będzie wykonywać dokumentację użytkownika,

stanowiącą efekt realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi złożenie oferty niezgodnej w swej treści z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Następnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący w pkt 2.3 odwołania w nieuzasadniony sposób zrównuje świadczenie usług *helpdesk* z zakupem standardowego oprogramowania, sprzętu oraz dokumentacji. Trudno bowiem przyjąć, że dokumentacja, która ma być wytworzona w ramach zleconych usług *helpdesk* jest standardowa i nabywana przez wykonawcę w celu świadczenia Usługi PeF tak jak np. serwery i macierze. Trudno twierdzić, że instrukcja użytkownika Systemu PeF, który ma dopiero powstać jest standardowym dokumentem istniejącego już Systemu teleinformatycznego, na co zresztą wskazuje sam Odwołujący w Wyjaśnieniach treści oferty, gdzie pisze „Prace przygotowawcze są rozumiane jako stworzenie określonych materiałów pomocniczych, które docelowo mają być zatwierdzone i przetworzone przez polski zespół Wykonawcy, które później docelowo będą udostępnione użytkownikom Platformy PeF”. Oznacza to zatem, że dokumentacja użytkownika, która ma być Efektem realizacji przedmiotu zamówienia ma dopiero powstać, tym samym jest istotną częścią przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odwołał się do orzecznictwa KIO w zakresie podwykonawstwa wskazując, że umowa o podwykonawstwo obejmuje tylko takie umowy, które dotyczą świadczeń możliwych do wyodrębnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia, bądź też świadczeń służących wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 9b Pzp umowa o podwykonawstwo to umowa zawierana w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są Usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą). Na tle tego przepisu można wyróżnić trzy charakterystyczne cechy umowy podwykonawstwa: pisemność, odpłatność i jej przedmiot – czyli świadczenie wykonania określonej części zamówienia publicznego. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo są Usługi, dostawy lub roboty budowlane będące częścią zamówienia publicznego. Na gruncie orzecznictwa KIO „część zamówienia” to wyodrębniony fragment z całości przedmiotu zamówienia. Za część zamówienia nie można uznać umów, wyłącznie powiązanych z przedmiotem zamówienia publicznego. Zatem umowa o podwykonawstwo obejmuje tylko takie umowy, które dotyczą świadczeń możliwych do wyodrębnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia, bądź też świadczeń służących wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę jakie elementy zawiera Usługa PeF i wykazanie, że w jej zakresie mieści się świadczenie Usługi *helpdesk* (w rozumieniu określonym przez Odwołującego w wyjaśnieniach treści oferty) oraz wykładnię umowy o podwykonawstwo wskazanej w orzecznictwie KIO, nie można, zdaniem Zamawiającego, uznać argumentu Odwołującego,

że nabywa on standardowe Usługi niemieszczące się w definicji Usługi PeF. Tym bardziej, że Odwołujący sam w swojej ofercie wskazał Usługi *helpdesk* jako część przedmiotowego zamówienia. Przyjęcie ponadto poglądu Odwołującego, że dokumentacja jest standardowa oznaczać będzie, że Odwołujący w swojej ofercie złożył błędne oświadczenie o zamiarze powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy.

Na marginesie należy wskazać, że tak jak stwierdził Odwołujący w Odwołaniu, Zamawiający nie ograniczył możliwości nabywania usług i towarów, które nie są częścią przedmiotu zamówienia, ale służą realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zastrzegł jedynie w OPZ, że Usługi PeF mają być świadczone na terenie Unii Europejskiej. Usługa *helpdesk*, jako część Usług PeF nie jest natomiast standardową usługą pomocniczą nabywaną w celu realizacji zamówienia, ale jest częścią zamówienia.

Zamawiający stwierdził następnie, że zarzut Odwołującego opisany w pkt 2.3 odwołania co do braku precyzyjności określenia w SIWZ, że cały cykl produkcyjny Systemu PeF ma odbyć się na terenie Unii Europejskiej, również jest chybiony, z tych samych powodów co wskazano powyżej. Odwołujący dokonuje dowolnej interpretacji pojęć „Usługa PeF” oraz „System PeF” oraz wskazuje, że Usługi *helpdesk* mają charakter pomocniczy i standardowy. Tymczasem, jak stwierdzono już wcześniej, skoro Usługa PeF to usługi świadczone za pomocą Systemu PeF, tj. m.in. narzędzi organizacyjnych, to usługi *helpdesk* opisane przez Odwołującego w jego wyjaśnieniach treści oferty mieszczą się w pojęciu Usługi PeF. Zamawiający zarówno na etapie oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego oraz w niniejszym piśmie nie dokonywał rozszerzającej interpretacji Usługi PeF, a jego decyzja o odrzuceniu oferty nastąpiła po analizie zapisów SIWZ oraz oferty Odwołującego.

Odwołujący w pkt 2.4 odwołania ponownie przytacza te same argumenty co we wcześniejszych fragmentach Odwołania, wskazując, że Usługa *hekp desk* nie jest istotną częścią Usługi PeF ale jedynie usługą pomocniczą w celu wyprodukowania Systemu PeF. Podkreślił także, że instrukcja użytkownika wytworzona przez podmiot na Ukrainie dotyczy standardowego oprogramowania. Takie wyjaśnienia Odwołującego są nielogiczne i niespójne. Odwołujący, zgodnie z ofertą, nie podzleca wytworzenia dokumentacji użytkownika do standardowego oprogramowania, gdyż dostarczenie standardowego oprogramowania wraz z instrukcją nie jest przedmiotem zamówienia, a podzleca wytworzenie instrukcji użytkownika do świadczonych przez siebie Usług PeF, których szczegółowy sposób realizacji zostanie wypracowany wspólnie z Zamawiającym dopiero na etapie wykonania umowy. Zgodnie bowiem z pkt 7.2 OPZ wykonawca zobowiązany jest do wykonania m. in. prototypów (makiet) interfejsów dla e-Usług, będących przedmiotem zamówienia a także do stworzenia dla tych e-Usług dokumentacji użytkownika. Następnie, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ

– Wzorem Umowy (§17 ust. 2), wykonawca, z chwilą podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru Etapu zobowiązany będzie do przeniesienia na Zamawiającego całości autorskich praw majątkowych do Efektów wytworzonych w ramach Umowy. Zamawiający ponownie podkreślił, że w przypadku wytworzenia instrukcji użytkownika, makiet, prototypów nie mamy do czynienia z zakupem usług czy też dzieł pomocniczych, ale z zakupem istotnych elementów przedmiotu zamówienia, skoro stanowią one Efekt, który jest kryterium odbioru danego Etapu realizacji umowy oraz do którego następnie autorskie prawa majątkowe uzyskuje Zamawiający. Odwołujący wydaje się upraszczać pojęcie Usługi PeF oraz Systemu PeF tylko i wyłącznie do przesyłania danych pomiędzy użytkownikami końcowymi, zapominając, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie Usługi PeF przy pomocy Systemu PeF, który jest wytwarzany w ramach realizacji umowy przy współpracy z Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że będzie korzystał z podwykonawcy na wszystkich etapach realizacji zamówienia. Tak więc nie można mówić jedynie o pomocniczym charakterze świadczonych usług *helpdesk*.

Odnosnie podnoszonej przez Odwołującego zasadności zastrzeżenia, że Usługi PeF mają być świadczone wyłącznie na terenie Unii Europejskiej (pkt 2.4 Odwołania), należy wskazać, że ewentualne wątpliwości na tym tle powinny być zgłaszane przez Odwołującego na etapie dialogu konkurencyjnego, bądź w ramach wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, albo w ostateczności za pomocą odwołania na treść SIWZ do KIO. Zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy, nie skorzystali z tych możliwości. W tym samym pkt 2.4 odwołania oraz pkt 2.5 Odwołujący ponownie wskazuje, że w ramach podwykonawstwa będzie nabywał wytworzenie instrukcji standardowej do standardowego oprogramowania, gdy tymczasem w wyjaśnieniach treści oferty Odwołujący wskazał, że będzie nabywał materiały, które oznaczają założenia do instrukcji obsługi dla Użytkownika (dokumenty tekstowe i graficzne), czyli np. założenia do: instrukcji dotyczącej korzystania z aplikacji webowej, czy artykułów przeznaczonych do zasilenia budowanej bazy wiedzy dla Użytkowników PeF. Odwołujący nabędzie zatem materiały dedykowane dla Projektu PeF. Gdyby był to zakup standardowych materiałów, Odwołujący zapewne nie wskazałby tego zakresu jako podwykonawstwo w swojej ofercie.

Zarzuty Odwołującego, że Zamawiający dąży do zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert, także nie mogą się ostać wobec wyjaśnień i argumentacji wskazanych już powyżej. Zamawiający nie dokonał innej interpretacji postanowień SIWZ, a jedynie dokonał oceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty Odwołującego pod kątem jasnych i precyzyjnych definicji Usługi PeF oraz Systemu PeF zawartych w OPZ.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Po pierwsze Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści jego oferty, odnosnie powierzenia

podwykonawcy usług *helpdesk* (*service desk*). Odwołujący wyjaśnił, że rozróżnia pojęcia usługi *helpdesk* oraz *service desk*. Zamawiający przyjął te wyjaśnienia, a podstawą odrzucenia oferty nie było powierzenie usług *service desk* spółce ukraińskiej, ale powierzenie usług *helpdesk* w rozumieniu wskazanym przez Odwołującego spółce spoza Unii Europejskiej. Zamawiający nie negował i nie neguje definicji usługi *helpdesk* przyjętej przez Odwołującego. Zamawiający nie negował także faktu wyodrębnienia przez Odwołującego części zamówienia, polegającej na stworzeniu m.in. instrukcji użytkownika, gdyż podział zamówienia w celu zlecenia realizacji jego części podwykonawcom leży tylko i wyłącznie w gestii wykonawcy. Odwołujący podważa jednak możliwość powierzenia usług *helpdesk* podmiotowi spoza Unii, skoro stanowią one część Usługi PeF, a ta zgodnie z OPZ musi być świadczona w granicach Unii. Rozróżnienie pojęcia *service desk* oraz *helpdesk* nie było oraz nie jest osiłą sporu pomiędzy Odwołującym oraz Zamawiającym. Zamawiający w pełni przyjął wyjaśnienia treści oferty Odwołującego, uznał terminologię zastosowaną w wyjaśnieniach i zrozumiał jej znaczenie.

Zamawiający ponownie podkreślił, że zarówno cała Usługa PeF, jak i jej poszczególne części, nie mają standardowego charakteru. W dokumentacji Postępowania Zamawiający nigdzie nie opisuje, że nabywa standardowe usługi, co więcej nabywa usługi, które oparte są na opisanym w OPZ standardzie, jednak wzbogacone o dodatkowe wymagania Zamawiającego i które to Usługi nie są świadczone jeszcze na rynku polskim. Oczywiście różni wykonawcy świadczą na rynku podobne usługi do tych będących przedmiotem niniejszego zamówienia, jednak nie spełniają one wszystkich warunków stawianych przez Zamawiającego w SIWZ. Stąd, pomimo usługowego charakteru przedmiotu zamówienia, pierwsze cztery z pięciu etapów realizacji umowy mają charakter produkcyjny, tj. pozwalający na ustalenie przy współpracy wykonawców z zamawiającym ostatecznego kształtu usług oraz wytworzeniu dokumentacji opisującej działanie tych usług. Dokumentacja ta w całości stanie się własnością Zamawiającego i będzie stanowiła podstawę do stworzenia każdorazowo opisu przedmiotu zamówienia w przyszłych postępowaniach na świadczenie usług PeF.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca INFINITE sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy (dalej „Wykonawca I” lub „Przystępujący”) w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a przedstawicielem The Apache Software Foundation z 28 czerwca i 1 lipca br. z tłumaczeniem na język polski – dowód O1;
2. korespondencji poczty elektronicznej pomiędzy pracownikiem Odwołującego a przedstawicielem Microsoft sp. z o.o. z 3 lipca br. – dowód O2;
3. studium wykonalności projektu pt.: „Platforma Pośrednicząca elektronicznego fakturowania dla strefy finansów publicznych”, wersja 110.0 z erratą z marca 2016 r. wraz z pismem dyrektora Departamentu Gospodarki Elektronicznej Ministerstwa Rozwoju do Sekretarza Komitetu Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji z 24 maja 2016 r. i załącznikiem w postaci dokumentu pn.: „Podsumowanie najważniejszych informacji o projekcie” – dowody O3;
4. oświadczenia przedstawiciela Inprogress sp. z o.o. z 3 lipca 2018 r. – dowód O4;
5. oświadczenia przedstawiciela Conlea sp. z o.o. z 2 lipca 2018 r. – dowód O5.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku schematu graficznego funkcjonowania Usługi PeF (dowód Z1).

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wydruku materiału prasowego pn.: „HelpDesk czy Service desk?” opublikowanego 14 kwietnia 2014 r. w czasopiśmie *Computerworld* (dowód P1).

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego I zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: protokołu Postępowania, SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty z 23 maja 2018 r., wyjaśnień Odwołującego z 25 maja 2018 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 11 czerwca 2018 r. oraz dokumentów złożonych na rozprawie. Skład orzekający stwierdził na ich podstawie, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i nie wymaga dodatkowego omówienia, czy uzupełnienia.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Na wstępie, w kwestii interpretacji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przypomnieć należy, że mianem niezgodności treści oferty z SIWZ określa się sytuację, w których świadczenie wykonawcy wynikające z oferty nie odpowiada wymaganiom

zamawiającego opisanym w SIWZ. *Ad casum* Zamawiający dopatrył się wspomnianej niezgodności w zaoferowaniu realizacji części zamówienia poza obszarem Unii Europejskiej, co uchybia wymogowi zawartemu w pkt 7 na str. 50 OPZ i Izba zdanie to podziela.

Skład orzekający uwzględnił w pierwszej kolejności okoliczność, że treść oferty Odwołującego przewidywała podwykonawstwo w zakresie świadczenia Usługi *helpdesk*. Pozostawiając w tym miejscu na marginesie rozważań definicję tego zakresu podwykonawstwa należy zauważyć, że z samej jego istoty wynika realizacja części zamówienia publicznego, o czym przesądził ustawodawca w legalnej definicji umowy o podwykonawstwo, zawartej w art. 2 pkt 9b Pzp. W konsekwencji, skoro w tej sprawie przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez brokera (wykonawcę, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego) usług PeF, to wskazanie przez Odwołującego, jako podwykonawcy tego zamówienia, podmiotu z siedzibą spoza obszaru Unii Europejskiej oznacza, że w pewnym (określonym przez samego Odwołującego) zakresie podmiot ów będzie partycypował w realizacji zamówienia, a tym samym – że usługi PeF będą w tym zakresie świadczone w sposób niezgodny z przywołanym powyżej postanowieniem OPZ. Przeciwnie temu stanowisko Odwołującego zmierzało w istocie do wykazania, że pomimo wskazania w ofercie podwykonawcy nie będzie on realizował części przedmiotu zamówienia, co jest sprzeczne z istotą podwykonawstwa.

Odnosząc się kolejno do kwestii znaczenia użytego przez Odwołującego pojęcia *helpdesk* i prawidłowości jego interpretacji przez Zamawiającego Izba nie dostrzegła w tym zakresie sporu między stronami. Zamawiający – zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami treści oferty – przyjął znaczenie Usługi *helpdesk* nadane mu przez Odwołującego i stwierdził, że wpisuje się ono w pojęcie Usługi PeF, stanowiąc jedno ze świadczeń składających się na przedmiot zamówienia. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonej odwołaniem czynności nie pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający utożsamił zdefiniowaną w OPZ Usługę *service desk* ze zdefiniowaną przez Odwołującego Usługą *helpdesk*. Zamawiający uznał Usługę *helpdesk* za „wyodrębniony fragment Usługi PeF”. Z tego powodu Izba nie uwzględniła w dalszych rozważaniach stanowiska Przystępującego i złożonego przez niego dowodu P1, bowiem były one sprzeczne ze stanowiskiem Zamawiającego, co objęte jest zakazem wynikającym z art. 185 ust. 5 Pzp. W konsekwencji pominięte zostały również dowody O4 i O5, jako odnoszące się do nieuwzględnionych twierdzeń Wykonawcy I.

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego zmierzało w istocie do ograniczenia pojęcia Usługi PeF wyłącznie do świadczenia usług wymiany danych przy użyciu narzędzi informatycznych (określanych dalej przez Izbę mianem usługi *sensu stricto*). Pomija to złożoność przedmiotu zamówienia, na który – obok wskazanego powyżej zakresu – składają się m.in. również elementy umowy o dzieło, jako że obowiązkiem wykonawcy będzie



również wykonanie dokumentacji opisującej Usługę PeF, stanowiącym jeden z rezultatów (czy, posługując się nomenklaturą z OPZ, efektów) realizacji zamówienia (zob. przykładowo pkt 7.2 OPZ, Etap II, efekt nr 1, czy Etap IV, efekt nr 2). W ocenie składu orzekającego wspomnianą złożoność trafnie oddaje harmonogram realizacji zamówienia (pkt 7.2 OPZ), z którego wynika, że przedmiot zamówienia (Usługa PeF), składa się także z szeregu czynności poprzedzających rozpoczęcie świadczenie usługi *sensu stricto*, przewidziane dopiero w Etapie V.

W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę na zakres Usługi *helpdesk* wynikający z wyjaśnień Odwołującego, który wskazuje, że przygotowanie dokumentacji zostanie częściowo zlecone podwykonawcy. Przy czym, przyjmując nawet zasadność rozróżnienia usługi *sensu stricto* od przygotowania do jej świadczenia, to należy zauważyć, że zadeklarowane przez Odwołującego podwykonawstwo „[...] obejmuje prace przygotowawcze na etapie uruchomienia usługi wsparcia oraz w trakcie trwania projektu (czyli prace również po odebraniu przez Zamawiającego Etapu IV – patrz OPZ Efekt Etapu V) [...]”. Etap IV kończy przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi *sensu stricto*, które objęte jest Etapem V, a zgodnie z zacytowanym fragmentem wyjaśnień podwykonawstwo będzie miało miejsce również w tej fazie realizacji zamówienia.

Nie przekonał Izby argument Odwołującego, jakoby objęte podwykonawstwem czynności miały standardowy charakter. Należy bowiem zwrócić uwagę, że w wyjaśnieniach Odwołujący wskazał na rodzaje materiałów, które będą przygotowywane przez ukraińskiego podwykonawcę i ze wskazania tego wynika, że będą one dedykowane na potrzeby Usługi PeF. Standardowemu charakterowi tych materiałów przeczy również umiejscowienie ich wykonania w czasie, tj. w dwóch ostatnich etapach realizacji zamówienia, w szczególności w Etapie V stanowiącym świadczenie usługi *sensu stricto*. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego i przedstawionym na ich poparcie dowodom O3, mającym potwierdzać typowy charakter zamówienia. W przekonaniu składu orzekającego przeczy temu już sam fakt wskazania przez Zamawiającego, jako przesłanki wyboru trybu dialogu konkurencyjnego, przepisu art. 55 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. powołanie się na okoliczność, że rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego.

Nie przemawiało za stanowiskiem Odwołującego twierdzenie, że Zamawiający przewidział w OPZ możliwość wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia oprogramowania, które nie jest w całości wytwarzane (rozwijane, wspierane, aktualizowane, itp.) na obszarze Unii Europejskiej (np. oprogramowania Microsoft, czy Apache Software Foundation), poparte dowodami O1 i O2. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący nie wskazał wspomnianych podmiotów jako podwykonawców, zatem musi

zdawać sobie sprawę z tego, że wykorzystanie oprogramowania wzmiankowanych podmiotów do realizacji przedmiotu zamówienia nie wchodzi w jego zakres. W konsekwencji nie jest to objęte spornym wymogiem OPZ.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, którego zastosowanie warunkowane jest istnieniem wątpliwości co do wykładni treści oferty. W tej sprawie Odwołujący upatrywał konieczności zastosowania wezwania w rzekomym odmiennym rozumieniu przez zamawiającego pojęcia Usługi *helpdesk*". Niemniej jednak – jak wspomniano – okoliczności takiej nie sposób wywieść z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972).

**Przewodniczący:** .....